

© *Cadernos de Direito Actual* N° 7 Extraordinario (2017), pp. 205-220
· ISSN 2340-860X - · ISSNe 2386-5229

Responsabilidade patrimonial do estado: reserva do possível como excludente de ilicitude da conduta estatal?

State asset liability: reserve as possible as excluding illegal state conduct?

ANA LUCIA PRETTO PEREIRA ¹

ANA ELISA P. P. GIOVANINI ²

Universidade Federal do Paraná (Brasil)

Sumário: 1. Introdução: três casos; 2. Preliminarmente: algumas notas sobre as necessidades humanas. 3. Reserva do possível: cláusula excludente de ilicitude da conduta estatal? 4. Referências bibliográficas.

Resumo: o presente artigo tem como objetivo apresentar uma reflexão crítica a respeito da reserva do possível enquanto excludente de ilicitude da conduta estatal (comissiva ou omissiva) lesiva a direitos fundamentais. Inicialmente, o artigo introduz o tema apresentando três casos levados ao Supremo Tribunal Federal, nos quais foram discutidas questões relacionadas aos recursos disponíveis para solucionar questões estruturais no sistema prisional brasileiro. Em seguida, são apresentados conceitos preliminares acerca de teorias sobre as necessidades humanas, por se entender ser pressuposto de qualquer discussão em torno da reserva do possível. Finalmente, são apresentadas considerações crítico-reflexivas a respeito da reserva do possível enquanto argumento excludente de ilicitude da conduta estatal. Ao longo do texto são analisados acórdãos de tribunais brasileiros e doutrina relacionada ao tema.

Palavras-Chave: reserva do possível; responsabilidade patrimonial do Estado; necessidades humanas; direitos fundamentais.

Abstract: this paper aims to contribute on scholar debates around the reservation of possible, as na argument opposable to State responsibility due to omissions or actions that prejudice fundamental rights. Initially, the paper introduces the theme presenting three cases submitted to Brazilian Supreme Court, where questions related to resources available to solve structural questions of Brazilian prisional system were discussed. Afterwards, some introductory concepts on human needs theories are presented, because assumed as a presupposition on reservation of possible debates. Finally, some critical considerations about the reservation of possible as an argument that excludes State responsibility are presented. Decisions of Brazilian courts and scholar contributions are analyzed along the text.

Keywords: reservation of possible; State liability; human needs; fundamental rights.

¹ Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná, com doutorado-sanduíche em Teoria do Direito na Universidade de Harvard. Pós-doutora em Processo Constitucional pelo Programa Nacional de Pós-doutorado – PNPD, no Centro Universitário Autônomo do Brasil, onde é docente do Programa de Mestrado em Direito.

² Mestranda em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal no Paraná, e em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogada e Sócia-fundadora da banca Yokohama & Giovanini Advocacia.

1. Introdução: três casos

Em 9 de setembro de 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, na qual se postulava, em síntese, que fosse determinada, aos poderes constituídos, a adoção de medidas jurídicas e político-administrativas direcionadas a solucionar o problema da superlotação de presídios no País. Referida ação foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL em face da União, do Distrito Federal e de todos os Estados-membros da federação, com o objetivo de provocá-los a realizar ações e implementar políticas relacionadas ao uso de recursos do Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN (à época na ordem de R\$ 2,2 bilhões) para melhoramento do sistema prisional. No julgamento de referida medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal entendeu por fixar duas determinações importantes: o descontingenciamento dos recursos do FUNPEN, pela União, e a realização, por juízes e tribunais, de audiências de custódia, permitindo o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária a partir de 24h contadas desde sua prisão. No julgamento da medida cautelar, o Supremo teve a oportunidade de observar que o sistema penitenciário brasileiro teria atingido um “Estado de coisas inconstitucional”, o que autorizaria o Tribunal a determinar às autoridades dos três poderes da federação a adoção de medidas necessárias à solução tempestiva e eficaz do problema.

Um segundo caso em que a mesma questão foi discutida é o Recurso Extraordinário n.º 592.581/RS, em que recorrente o Ministério Público no Estado do Rio Grande do Sul, e recorrido o Estado do Rio Grande do Sul. O objetivo do Recurso foi a superação de acórdão de corte de justiça local, a qual reformou sentença que determinara ao Estado do Rio Grande do Sul a realização de obras públicas no Albergue Estadual de Uruguaiana, em razão das condições precárias em que se encontravam os internos de referida unidade prisional. A controvérsia jurídica girou em torno de reconhecer se ao Poder Judiciário seria dado determinar, à Administração Pública, a criação e/ou implementação de políticas públicas, o que encontraria objeção face ao princípio constitucional da separação dos poderes e ao argumento estatal da reserva do possível. O Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime dos Ministros e nos termos do voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, acordaram em dar provimento ao Recurso, fixando tese de repercussão geral nos seguintes termos:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Finalmente, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 580.252, o Supremo Tribunal Federal foi, novamente, provocado a decidir acerca da responsabilidade estatal por situação degradante de detento em estabelecimento prisional. Na ocasião, o relator, Min. Teori Zavaski, entendeu pelo dever estatal de indenização no valor fixo de R\$ 2 mil. Uma posição divergente foi levantada pelo Min. Luis Roberto Barroso, que entendia pela possibilidade de a indenização em dinheiro ser convertida em dias remidos. Ao final, os Ministros, por maioria, acolheram a tese da indenização em valor fixo, nos termos do voto do relator. Na ocasião, foi fixada a seguinte tese de repercussão geral:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo

37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Os três casos cuidam de situação semelhante, qual seja, a situação precária e degradante em que se encontra grande parte dos estabelecimentos prisionais brasileiros. Trata-se de uma questão de ordem pública e que merece atenção, e discussão, por se tratar da preservação de um bem de especial valor para a comunidade política brasileira, qual seja, a dignidade humana. Adicionalmente, o Brasil obrigou-se, no âmbito das relações internacionais, com a preservação da integridade física e moral do preso, o que se viu refletido nas decisões prolatadas nos três casos sumariamente apresentados.

Quando autoridades da Administração Pública são chamadas a responder por reiteradas omissões resultantes em condição de indignidade de detentos, surge a possibilidade de justificações em torno da limitação de recursos disponíveis para o atendimento dessa dimensão das necessidades humanas. Surge, igualmente, o seguinte questionamento: havendo o reconhecimento da responsabilidade estatal no caso de dano a particulares, e, sendo esse dano indenizável, haveria espaço para opor, como excludente de ilicitude, o argumento estatal da reserva do possível? Algumas reflexões sobre esse tema serão feitas em comentários à maneira de ensaio, a seguir.

2. Preliminarmente: algumas notas sobre as necessidades humanas ³

A satisfação de necessidades humanas consiste em um dos objetivos mais importantes dos Estados contemporâneos – senão, por que não dizer, o principal. Pelo menos, nesse sentido é que deve ser feita uma leitura das instituições estatais. ⁴ Todavia, sabe-se que o Estado possui uma capacidade limitada para obtenção de recursos e satisfação de necessidades. ⁵ Nesse contexto – ainda que contando, evidentemente, com outras variáveis – é que surge a noção de escassez ⁶ (que pode ser natural, ou produzida).

De acordo com Fábio Nusdeo, a lei da escassez é incontornável, e para administrá-la é que se destinam ferramentas da ciência econômica. Recursos (públicos ou não) diz o autor, são sempre escassos, variando, apenas, quanto ao grau de escassez, e daí a importância do processo econômico em estabelecer relações específicas para gerenciá-los. ⁷ É importante observar que se está a

³ As observações aqui apresentadas foram feitas em artigo intitulado *Reserva do possível: escolhas políticas, limitação de recursos e o papel do Poder Judiciário brasileiro*, de autoria da coautora Ana Lucia Pereira, e integra coletânea de comentários a teses do Supremo Tribunal Federal, no prelo pela Editora Thomson Reuters – Revista dos Tribunais.

⁴ Seja em nível interno, seja no campo de compromissos assumidos no âmbito das relações internacionais. Cf. ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 85 e ss.

⁵ Cf. CÁRCOVA, Carlos María. Estado social de derecho y radicalidad democrática. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBBA, Orides e outro. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*, São Paulo/Coimbra, RT e Coimbra, 2008, p. 105.

⁶ Cf. NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 27.

⁷ No mesmo sentido anota RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito: uma introdução*, Coimbra, Almedina, 2007. p. 12: “Se ainda é possível falar de um objecto da Economia, este pode talvez definir-se como constituído por todos os fenómenos sociais que envolvem escolhas sobre utilização de recursos.” Aqui, Nusdeo rejeita o argumento segundo o qual no seio dos povos primitivos não se configurava o problema de escassez. Observa que, para os indivíduos daquelas comunidades, as necessidades delineavam-se com

trabalhar, aqui, com a ideia de recursos em sentido amplo, o que inclui recursos econômicos (fáticos, financeiros, técnicos e orçamentários), materiais e humanos, por exemplo.⁸ Nesse caminho, Nusdeo recorda que não apenas a disponibilidade de um determinado bem faz dele escasso, mas, principalmente, a procura por esse bem. É o exemplo da fábrica de sapatos, colocado pelo autor: uma produção de mil pares de sapatos pode ser insuficiente e rapidamente esgotável se se tratarem dos calçados da moda, em vista da procura massiva; por outro lado, a produção pode ser excedente caso os sapatos não sejam atrativos o bastante para convencer os consumidores à sua procura.⁹

Uma teoria das necessidades que procure oferecer respostas às inquietações decorrentes do atendimento de necessidades humanas trabalha com categorias conceituais elementares. Um primeiro binômio de categorias pode ser identificado como o das preferências, ao lado das necessidades humanas. Adicionalmente, há a categoria conceitual dos satisfatores, também relevante aqui.

As necessidades humanas condensam tudo aquilo que é exigido por seres humanos indistintamente considerados, em termos de sua existência. Logo, as necessidades humanas, irreduzíveis, seriam as mesmas, em qualquer período histórico, e em qualquer localização espaço-geográfica. Nesse respeito, o economista Max Neef afirma ser possível “operar com uma classificação que inclui, por uma parte, as necessidades de Ser, Ter, Fazer e Estar; e, por outra, as necessidades de Subsistência, Proteção, Afeto, Entendimento, Participação, Ócio, Criação, Identidade e Liberdade.”¹⁰ Tais necessidades, de acordo com Neef, seriam características de todo e qualquer ser humano.¹¹ Potyara Pereira,¹² na linha de pensamento de Len Doyal e Ian Gough, concebe a ideia de necessidades vinculada à ideia de prejuízos. Conforme esse entendimento, graves prejuízos às pessoas,

contornos muito mais precários, e que, por outro lado, a espécie humana continuava a reproduzir-se ilimitadamente, aumentando o contingente populacional e, desde logo, consumindo os recursos existentes, renováveis em ritmo menos acelerado. Caberia, aqui, a teoria do economista inglês Thomas Malthus, o qual defendia, no século XVIII, que a população aumentaria em progressão geométrica, ao passo que os recursos consumíveis aumentariam em progressão aritmética, e daí o economista acreditar ser imperioso o controle sobre a natalidade, sob pena de haver um colapso sobre a sustentabilidade das populações. De acordo com Nusdeo, tal previsão ainda não se consumou, mas seus sintomas podem ser sentidos notadamente no que se refere ao esaurimento do meio ambiente (Ob. cit., p. 27-28).

⁸ PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*, 3. ed. São Paulo, Cortez, 2006, p. 39-61.

⁹ Ibidem, p. 30. O problema gerado pela limitação e esgotamento de bens, paralelo ao crescimento da respectiva demanda, levou à criação de um grupo de estudos, na década de 70, destinado a estudar as perspectivas para o crescimento das necessidades humanas em face da limitação de recursos, e a premente possibilidade do consumo desordenado de tais recursos levar ao seu esaurimento. O grupo foi intitulado *Clube de Roma*, sendo formado por uma equipe multidisciplinar de intelectuais de destaque em suas áreas de atuação: pensadores universitários, dirigentes de grandes transnacionais, funcionários de alto escalão de entidades internacionais e especialistas convidados. Teve como resultado o texto *The limits to growth*, que influenciou a Primeira Conferência Mundial do Meio-ambiente, realizada em Estocolmo, em 1972 (NUSDEO, ob. cit., p. 29).

¹⁰ NEEF, Max. *Desarrollo a Escala Humana: una opción para el futuro*. Santiago: CEPAUR/Fundación Dag Hammarskjöld, 1986. p. 26. Tradução livre.

¹¹ Neef alerta que as necessidades humanas fundamentais não se limitam à ideia de *subsistência*, mas traduzem a tensão entre *carência* e *potencialidade*. *Carência* no sentido fisiológico do termo, ou seja, a continuidade do estado de necessidade leva a uma falência das funções vitais do indivíduo; já a *potencialidade* vem no sentido de que há algo latente que espera um impulso – o satisfator – para irromper, para vir ao mundo: “A necessidade de participar é potencial de participação, tal como a necessidade de afeto é potencial de afeto.” Ibidem, p. 34. Tradução livre.

¹² PEREIRA, *Necessidades humanas...*, passim.

que as impeçam de alcançar seu desenvolvimento por si próprias, estarão a atingir as suas necessidades.¹³

Ao lado das necessidades humanas encontram-se as preferências, ou, de acordo com alguns autores, necessidades humanas não fundamentais.¹⁴ Preferências, diversamente das necessidades humanas, poderiam ser atendidas em um limiar de tempo alinhado ao critério limitativo da progressividade. Adicionalmente, as preferências poderiam cambiar histórica e culturalmente, a depender, inclusive, do desenvolvimento econômico de uma sociedade e/ou comunidade política singularmente consideradas. Essas preferências, assim como as necessidades humanas, seriam atendidas pelo que teóricos nesse campo nomeariam de satisfatores.¹⁵

Os satisfatores contemplariam os bens econômicos úteis ao atendimento das necessidades humanas, e seriam assim denominados – bens econômicos – pelo fato de se encontrarem marcados por nota que lhes confere relevância no âmbito de teorias econômicas: o binômio escassez e utilidade.¹⁶ Um bem é sujeito à escassez porque consumido ao satisfazer necessidades humanas, em diferentes níveis, de acordo com a maior ou menor demanda por esse bem. O instrumental da teoria econômica, conforme antes dito, servirá para administrar essa escassez. Quanto à utilidade, esta faz parte da característica dos bens econômicos, mas não é determinante para o seu conceito: um bem útil pode não ser escasso, e daí não interessar à teoria econômica. A oferta abundante de um bem reduz o interesse em fixar-lhe critérios para sua equilibrada distribuição, na medida em que a ampla disponibilidade dará conta de suprir as necessidades de todos que dele precisarem. Cuida-se, aqui, pois, dos bens livres, sem ignorar, contudo, a possibilidade de os bens livres virem a se tornar bens econômicos em virtude de sua escassez.¹⁷ Portanto, é sobre os bens econômicos – e não sobre os bens livres – que se admite incida o argumento da escassez de recursos, e, desde logo, da reserva do possível.

No ponto, interessa fazer a seguinte observação: a diferença crucial e determinante ao acolhimento ou não do argumento da reserva do possível é identificar se os satisfatores – bens econômicos – demandados em juízo atendem às necessidades humanas (preferências) ou às necessidades humanas fundamentais (necessidades humanas propriamente ditas) dos sujeitos. Em se tratando de necessidades humanas em sentido amplo, é permitido que estas se situem no âmbito das preferências, a que se referem Neef e Potyara, contingentes em relação às escolhas políticas. Ou seja, o argumento da escassez de recursos pode restringir a satisfação de preferências, apenas. Por outro lado, tratando-se do atendimento de necessidades humanas fundamentais, em sentido estrito, sai-se do campo da preferência e entra-se no campo da exigência: ao Estado não é lícito “exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de

¹³ DOYAL, Len; GOUGH, Ian. *Teoría de las necesidades humanas*. Trad. José Antonio Moyano y Alejandro Colás. Barcelona: ICARIA, FUHEM, 1994. p. 78.

¹⁴ Entendemos, aqui, ser mais pertinente a expressão *preferências*, em lugar de *necessidades humanas não fundamentais*.

¹⁵ PEREIRA, p. 71; DOYAL; GOUGH, p. 202-203.

¹⁶ NUSDEO, ob. cit., p. 33: “Se a humanidade vive sob o jugo da lei da escassez e se a noção básica de Economia está indissociavelmente presa a essa realidade, chama-se de bem econômico todo aquele dotado de utilidade e cujo suprimento seja escasso. Em duas palavras, o bem econômico é aquele útil e escasso.”

¹⁷ Os *bens livres*, conforme Nusdeo, seriam aqueles que não se regem pelas relações criadas pela sociedade para enfrentar a problemática da escassez, não configurando, pois, objeto da ciência econômica enquanto tais. Exemplos de bens livres seriam o ar, a água em determinadas situações, o carinho dos pais, por serem bens, em princípio, não escassos, muito embora não deixem de ter utilidade. Ob. cit., p. 35-36.

essencial fundamentalidade.”¹⁸ Aqui, alinha-se o entendimento de que a reserva do possível não poderá ser aventada quando a restrição decorrente da ação ou omissão estatal frustrar a satisfação de necessidades humanas fundamentais, e, por consequência, a concretização da dignidade humana, no campo das exigências, portanto.

3. Reserva do possível: cláusula excludente de ilicitude da conduta estatal?¹⁹

Inicialmente, é importante observar que, na doutrina brasileira, ainda não há consenso que tenha levado a um conceito amplamente aceitável da reserva do possível. Parte da doutrina trata da reserva do possível como um postulado,²⁰ outros, como uma cláusula.²¹ Há, também, posicionamentos que se referem à reserva do possível como um princípio.²²

Frente ao dissenso, e em uma tentativa de delimitação de seu conteúdo, pode-se afirmar que a reserva do possível reúne elementos correlatos a limitações orçamentárias, decisões alocativas de recursos, escassez de riquezas e satisfação de necessidades humanas. José Joaquim Gomes Canotilho, ao propor uma maior reflexão acerca de um discurso jurídico que cuide da efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, no sentido de lhe introduzir “mais-valias” de racionalidade e razoabilidade, para fugir da “vagueza” da retórica jurídico-constitucional, aduz que a reserva do possível merece atenção da doutrina, na medida em que “logrou centralidade dogmática a ponto de obscurecer quaisquer renovamentos no capítulo dos direitos sociais”. Diante disso, o jurista português procura reunir alguns aspectos atinentes à reserva do possível para, depois, ele próprio relativizá-los, atentando para o fato de que o reconhecimento daqueles aspectos não devem significar uma recepção acrítica de dogmas que afrontem os direitos sociais.

Eis as palavras do autor:

(...) o que significa, na realidade, “reserva do possível”? Poderemos rastrear as respostas do seguinte modo:

1. “Reserva do possível” significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.

¹⁸ STF, ADPF 45, voto do Rel. Min. Celso de Mello, citado, *supra*.

¹⁹ O presente tópico integra dissertação de mestrado da coautora Ana Lucia Pretto Pereira, intitulada *Reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira*, defendida na Universidade Federal do Paraná e publicada pela Editora Juruá, em Curitiba.

²⁰ Nesse sentido, Ingo Sarlet aduz que “(...) conquanto se possa partir da premissa de que corretas as ponderações tecidas, reconhecendo-se as limitações representadas pelo postulado da reserva do possível na esfera dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, há que questionar até que ponto estes aspectos têm o condão de efetivamente impedir a plena eficácia e realização desses direitos...”. (*A eficácia dos direitos fundamentais*, 7. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 305.)

²¹ “A ampliação e a qualidade dos direitos sociais de caráter prestacional é confrontada também no direito brasileiro, com a denominada cláusula da ‘reserva do possível’”. (LEDUR, José Felipe. *O Contributo dos Direitos Fundamentais de Participação para a Efetividade dos Direitos Sociais*, Tese de Doutorado, Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2002, p. 98.)

²² NETTO, Sérgio de Oliveira, *O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais*, Disponível em: <https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_V_agosto_2005/sergio_principiodareserva.pdf> , acesso em 10/07/06.

2. Reserva do possível significa "*tendência para zero*" da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.

3. Reserva do possível significa *gradualidade* com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros.

4. Reserva do possível significa *insindicabilidade* jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.

Há uma dose de verdade em todas essas afirmações, mas, ao mesmo tempo, torna-se imperioso relativizá-las. Parece inequívoco que a realização dos direitos económicos, sociais e culturais se caracteriza: (1) pela *gradualidade* da realização; (2) pela *dependência financeira* relativamente ao orçamento do Estado; (3) pela tendencial *liberdade de conformação do legislador* quanto às políticas de realização desses direitos; (4) pela *insusceptibilidade de controlo jurisdicional* dos programas político-legislativos a não ser quando se manifestam em clara contradição com as normas constitucionais ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis.²³

Diante da controvérsia, Ana Carolina Olsen, fazendo uma análise desses elementos integrativos, afasta a concepção da reserva do possível como princípio – pelo menos, desde uma perspectiva alexyana –, inclinando-se mais favoravelmente às expressões "cláusula" e "postulado", para, por fim, posicionar-se pelo trato da reserva do possível como "condição da realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais sociais."²⁴

Sejamos fiéis às palavras da autora:

A partir dos contornos que o conceito de princípio recebeu no Capítulo I, parece inadequado conceber a reserva do possível como esta espécie normativa. A reserva do possível não prescreve um determinado estado de coisas a ser atingido, não corresponde a um mandado de otimização. Ainda que se admita a possibilidade de ponderação da reserva do possível, este elemento, por si só, não parece suficiente para identificá-la como princípio, já que mesmo bens jurídicos podem ser ponderados. (...) Desse modo, expressões como "cláusula" ou "postulado" podem parecer mais adequadas para se referir à reserva do possível, já que ela, em verdade, condiciona, determina a aplicação de normas. (...) Diante desse quadro, parece mais adequado tratar exclusivamente de 'reserva do possível'...²⁵

Nesses termos, de fato, não parece ser a reserva do possível uma norma fundacional, um alicerce, ou um fim a ser atingido. Não se sujeita a ponderação, mas a esta conduz quando das decisões políticas do Estado,²⁶ pelo que, não pode configurar um princípio.²⁷ Não é um mandado de otimização, conforme propõe

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Metodologia 'fuzzy' e 'camaleões normativos' na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p.107-108.

²⁴ Ao longo de sua obra (*Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*, Curitiba, Juruá, 2008), a autora, por vezes, remete-se à reserva do possível valendo-se da expressão "argumento".

²⁵ OLSEN, ob. cit., p. 211.

²⁶ Nesse sentido, CANOTILHO, "Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais." *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra, 2004, p. 66.

²⁷ Muito embora boa parte da doutrina e jurisprudência refira-se à cláusula da reserva do

Alexy, enquanto compreensiva de um conteúdo deontológico que determina a sua realização na maior medida possível, pelo contrário: quanto mais próximo do ponto máximo da reserva do possível, mais necessidades humanas terão que esperar para serem satisfeitas.

Em razão de a reserva do possível ser invocada quando da tomada de decisões a respeito da alocação de recursos escassos, como medida, em tese, direcionada à *proteção* de recursos públicos, parece pertinente se tratar da reserva do possível sob a denominação *argumento*, pelo fato de significar um recurso de convencimento em favor de determinada situação (no caso, a escassez de recursos). Também a designação de *cláusula*,²⁸ na medida em que *encerra uma variedade de elementos que a caracterizam*,²⁹ tais como *i)* a limitação dos recursos necessários à efetivação das necessidades sociais, *ii)* a imposição de escolhas a serem feitas quanto à destinação e investimento desses recursos, *iii)* a vinculação das decisões das autoridades públicas às normas de direito fundamental e aos planos orçamentários, bem como, conforme se verá nos capítulos seguintes, *iv)* as restrições que a reserva do possível pode trazer à realização dessas necessidades básicas, assim como *v)* as limitações que a própria reserva do possível está sujeita a receber, permitem que se utilize esta expressão também.

Nesse caminho de *definição*, fala-se que a reserva do possível poderia ser uma *excludente de ilicitude* da conduta estatal. Wálber Araújo Carneiro refere-se à reserva desta forma na medida em que, uma vez fosse provada pela Administração a inexistência de recursos que atendessem à prestação decorrente da norma constitucional, não poderia o Poder Público ser responsabilizado pela inobservância da necessidade social, em face da inexigibilidade de conduta diversa. Aduz o autor que “a impossibilidade de cumprir determinado programa ou de conferir determinada prestação não constituirá, necessariamente, um ilícito praticado pelo Estado. A escassez de recursos, como um fato inexorável, servirá, desde que esteja caracterizada, como uma excludente para a efetivação da medida, o que não desnatura a existência de um direito subjetivo e do correlato dever do Estado.”³⁰

Também Juarez Freitas concebe a reserva do possível como excludente de ilicitude da conduta estatal, comissiva ou omissiva.³¹ O autor não nega a sindicabilidade dos atos administrativos, em observância ao dever estatal de vinculação aos princípios e direitos fundamentais, e defende o manejo do princípio da proporcionalidade como mecanismo hábil à análise da justificação ou do afastamento da responsabilidade estatal em eventos danosos.³² Pelo uso da proporcionalidade, poderá ser verificada a eventual presença dos requisitos ensejadores da responsabilidade extracontratual do Estado (a existência de dano injusto, o nexo causal direto e a conduta comissiva ou omissiva do agente), de modo que, constatado o nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva, e a lesão antijurídica sobre o direito fundamental, caberá ao ente público

possível desta forma.

²⁸ Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*, Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008) e Paulo Cogo Leivas (*Teoria dos direitos fundamentais sociais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006) referem-se à reserva do possível desta maneira.

²⁹ Aqui, valemo-nos da origem da expressão para justificar o entendimento: “ETIM lat. *clausûla,ae* 'conclusão, fim, termo, arremate, terminação, desinência, extremidade, ponta, artigo, parágrafo, disposição de uma lei, cabo, manúbrio, braço de um instrumento', rad. de *clausum*, supn. de *claudere* ou *cludere* 'fechar, cerrar, cercar, murar' ... (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001, p. 738.)

³⁰ CARNEIRO, Wálber Araújo. *Escassez, eficácia e Direitos Sociais*, Apud OLSEN, ob. cit., p. 226.

³¹ FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 70; 72; 73 e 98.

³² Ibidem, p. 67-69.

o ônus de comprovar em contrário à imputação do dever indenizatório. Dessa forma, embora não lhe defina o conteúdo, o autor admite ser a reserva do possível uma das excludentes de ilicitude da conduta estatal, o que é coerente com sua visão de que o agente público “está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais.”³³

O argumento, de matiz eficiente, segundo o qual é dever do Estado buscar o mínimo de prejuízo aos direitos fundamentais quando trabalhe por sua máxima efetividade é válido, e também compatível com a reserva do possível. Porém, a tese que vê a reserva do possível como *excludente de ilicitude* comporta relativizações.

Em primeiro lugar, parece relevante trazer algumas considerações acerca da responsabilidade estatal para a concessão da tutela pretendida. Um primeiro fato importante é que a responsabilidade estatal, quando inexistir especificação legal em contrário, pode ser solidária entre os entes federativos. Assim, a demanda poderá ser proposta em face dos quatro entes federativos – da União, do Estado correspondente, do ente municipal e do Distrito Federal. Os tribunais têm decidido que, em casos onde não se acha previamente definida a competência do ente federativo, a entrega da prestação continua sendo um dever do Estado como um todo, sendo que a solução para tal impasse deverá ser resolvida administrativamente, e não judicialmente. No caso do direito à saúde, o fato de um ente da federação ser responsável pelo fornecimento de um bem relacionado à saúde não significa que deverá custeá-lo isoladamente. A responsabilidade pelo financiamento do bem é solidária entre os entes federativos, e o respectivo cumprimento da obrigação é questão a ser resolvida entre os entes, alheias ao particular.³⁴ Não raro, o argumento da responsabilidade civil objetiva do Estado é desenvolvido nas razões de decidir em tais circunstâncias, com o intuito de afastar a reserva do possível e impor ao ente estatal o cumprimento de obrigação imposta constitucionalmente. Considera-se que a ação ou omissão estatal guarda relação de causalidade com o dano sofrido pela vítima, de modo que o Estado é compelido a indenizá-la, em virtude de sua responsabilidade, o que encontra respaldo constitucional no art. 37, § 6.º da Constituição da República.

O Supremo Tribunal Federal já proferiu decisões nesse sentido. Um exemplo pode ser colhido do direito fundamental à segurança. É possível concluir que a competência para a proteção desse direito recai sobre o ente responsável pela segurança pública, no caso, os Estados-membros. Com efeito, a Constituição Federal de 88, no art. 144, §§ 5.º e 6.º, fixa a competência da polícia militar, ostensiva e responsável pela preservação da ordem pública, bem como prevê sua subordinação, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando houver.³⁵

Pois bem. Um caso de relevo para esta questão, e que foi julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, acolhe a tese da responsabilidade civil objetiva do Estado, para determinar ao Estado de Pernambuco que custeasse todas as despesas necessárias à cirurgia de implante de Marcapasso Diafragmático Muscular – MDM – no agravante, por profissional por ele indicado. Trata-se da Suspensão de Tutela Antecipada n. 223, onde o agravante teria ficado tetraplégico em razão de assalto ocorrido em via pública, tendo ajuizado ação indenizatória,

³³ Ibidem, p. 64.

³⁴ Este o posicionamento de BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2008.

³⁵ Além disso, a Constituição faculta aos Municípios a organização de guardas municipais, destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, nos termos da lei (art. 144, § 8.º).

objetivando a responsabilização do ente estatal pelo custo decorrente da mencionada cirurgia.

Inicialmente, a Min. Relatora, Ellen Gracie, indeferiu a concessão liminar de efeito suspensivo à decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, que teria autorizado, em sede de agravo de instrumento, a transferência dos recursos depositados em conta judicial para conta no exterior, os quais seriam destinados ao custeio da vinda de médico norte-americano ao Brasil, para realização da cirurgia em questão. A relatora acolheu a tese de que a transferência imediata de valores – no caso, R\$ 279.000 (duzentos e setenta e nove mil reais) – para uma conta no exterior violava a economia pública, por configurar pagamento sem observância das formalidades do art. 100 da Constituição Federal. Além disso, a Ministra ressaltou a impossibilidade de ser realizada execução provisória contra a Fazenda Pública, por força do art. 2.º - B da Lei n. 9.494/97.³⁶ Por fim, colocou que o tratamento postulado ainda se encontrava em fase experimental na Universidade de Yale, nos Estados Unidos, consignando que:

a decisão objeto do presente pedido de contracautela representa grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto permite a realização de cirurgia de alto custo não contemplada no Sistema Único de Saúde (fl. 339), sem qualquer instauração de procedimento administrativo ou avaliação médica credenciada para tanto.

Porém, ao final, o pedido de suspensão da tutela antecipada foi deferido pela maioria dos membros do Tribunal. O entendimento foi no sentido de que a falta de policiamento ostensivo por parte do Estado de Pernambuco teria configurado omissão inconstitucional. Desse modo, o cidadão poderia exigir do Poder Público a contraprestação correspondente, diante da falta deste serviço essencial. Foi levantada a tese de responsabilidade civil objetiva estatal, uma vez que, presente o dever de prestação pelo Estado, e constatada a relação de causalidade entre a omissão e o dano sofrido pelo cidadão, haveria aqui a obrigação de indenizar. Finalmente, foi ponderado que, na colisão entre interesses financeiros do Estado e o direito à vida, há de prevalecer este último:

Concluiu-se que a realidade da vida tão pulsante na espécie imporia o provimento do recurso, a fim de reconhecer ao agravante, que inclusive poderia correr risco de morte, o direito de buscar autonomia existencial, desvinculando-se de um respirador artificial que o mantém ligado a um leito hospitalar depois de meses em estado de coma, implementando-se, com isso, o direito à busca da felicidade, que é um consectário do princípio da dignidade da pessoa humana.³⁷

A imprecisão constitucional acerca do ente estatal obrigado à prestação da necessidade social é um fator determinante para o ensejo da responsabilidade solidária. O direito à saúde, cuja tutela é recorrentemente pleiteada ao Judiciário, é um bom exemplo. Para o direito à saúde, não há um critério claro na definição do ente estatal responsável pelo cumprimento da obrigação.³⁸ A Lei do SUS

³⁶ A qual disciplina a antecipação de tutela conta a Fazenda Pública, e cujo mencionado art. 2.º - B assim dispõe (nada obstante discuta-se a constitucionalidade de referido artigo): "Art. 2.º - B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado."

³⁷ Informativo n. 502, fonte: www.stf.jus.br. Acesso em: 30 mai. 2008.

³⁸ Neste sentido, com relação ao direito à saúde, BARROSO, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*.

descentralizou o serviço e reuniu os recursos financeiros para sua satisfação. Quanto à competência normativa, cabe à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre previdência social, proteção e defesa da saúde (art. 24, XII), respeitadas as competências gerais da União e residual dos demais entes (art. 24, §§1.º e 2.º), restando aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I), o que pode envolver a saúde,³⁹ e também suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 30, II). Quanto à competência administrativa, é comum a todos os níveis federativos cuidar da saúde e assistência pública (art. 23, II).

Nada obstante, essas competências não significam que todos os entes federativos devam agir de maneira superposta em relação à saúde. Como observa Luis Roberto Barroso, isso levaria a uma realização ineficiente dos programas de saúde, distribuindo recursos federais, estaduais e municipais para um mesmo fim.⁴⁰ Deve haver uma ação coordenada entre os entes estatais, para que se evite, por um lado, a superposição de programas, e, por outro, a incerteza e indeterminação acerca das respectivas competências.

Veja-se como esta questão coloca-se nos tribunais. Em juízo, a União alega, em regra, serem as prestações pela saúde competência dos Estados-membros e Municípios.⁴¹ Não raro, os Estados-membros seguem esse caminho e aduzem ser tal competência dos Municípios.⁴² O Superior Tribunal de Justiça posicionou-se pela impossibilidade de transferência de responsabilidades em matéria de saúde:

(...) 5. A Lei 8.080/90, com fundamento na Constituição da República, classifica a saúde como um direito de todos e dever do Estado. 6. É obrigação do Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação ou congêneres necessários à cura, controle ou abrandamento de suas enfermidades, sobretudo as mais graves. 7. Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios, é de reconhecer-se, em função da solidariedade, a legitimidade passiva de quaisquer deles no pólo passivo da demanda.⁴³

Também já foi afirmado pela mesma Corte que as atribuições em matéria de políticas de saúde serão resolvidas administrativamente, e não como motivo para a afastamento de responsabilidade do ente federativo:

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ BARROSO, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*.

⁴¹ Conforme se vê em decisão sobre Agravo de Instrumento interposto pela União contra decisão que determinou o bloqueio de valores da União para pagamento de medicamentos à parte: "Alega a agravante que o provimento impugnado ignora o fato de que a União efetua o repasse regular das verbas aos demais entes federativos. Aduz que não possui sequer estrutura para efetivar o comando judicial expedido, visto que cabe à União apenas alcançar os recursos financeiros referentes à administração do SUS, sendo competência dos Estados e Municípios a operacionalização do fornecimento do medicamento pleiteado. Afirma que admitir a idêntica responsabilidade dos entes federativos na efetivação do julgado inviabiliza o sistema concebido, prejudicando, assim, os demais cidadãos. Alega, também, a impossibilidade da decretação do bloqueio de recursos públicos federais, conforme jurisprudência acostada à inicial do recurso ora interposto. Pede seja concedido efeito suspensivo ao presente recurso." TRF da 4.ª Região, AI n. 2007.04.00.032814-0, Rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, DE 15 jan. 2008.

⁴² Confira-se, no STF, a STA 278-6, a SS 3452 e a SS 3429. A Ministra Ellen Gracie, no julgamento da SS 3205 (Informativo 470-STF), assentou que "a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária".

⁴³ STJ, REsp 719716 / SC, Rel. Min. Castro Meira, julgamento em 7 jun. 2005.

A CF, no art. 196, e a Lei nº 8.080/90 estabelecem um sistema integrado entre todas as pessoas jurídicas de Direito Público Interno, União, Estados e Municípios, responsabilizando-os em solidariedade pelos serviços de saúde, o chamado SUS. A divisão de atribuições não pode ser argüida em desfavor do cidadão, pois só tem validade internamente entre eles.⁴⁴

O Tribunal Regional Federal da 4.^a Região tem entendido pela responsabilidade solidária dos entes federados nas questões que envolvam direito à saúde. Nesse sentido, a decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 2007.04.00.043332-4:

Não são relevantes os argumentos da parte recorrente ao defender a sua ilegitimidade para a demanda. Sua legitimidade resulta da responsabilidade expressa nos termos do art. 198, inciso I, da Constituição da República, que estabelece a descentralização dentre os princípios do Sistema Único de Saúde. Para a entrega da prestação jurisdicional pleiteada, necessário que cada órgão responsável pelo fornecimento de medicamentos , seja do Estado seja da união , atue dentro de sua esfera de competência.. Neste sentido, transcrevo os seguintes precedentes (...)⁴⁵

Também no Agravo de Instrumento n. 2008.04.00.030710-4, ficou assentado que o Estado, enquanto destinatário do dever extraído na norma do art. 196 da Constituição, deve ser compreendido de maneira abrangente:

Antes de adentrar nas razões que me obrigam a tanto, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva da União. É que é manifesta a legitimidade da União, do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Caxias do Sul na espécie, mercê do disposto no art. 4º da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conjugado com o art. 196 da Lei Maior. Nesse sentido, já decidiu o Colendo STJ ao julgar o RESP 527356, de Relatoria da Ministra Eliana Calmon (DJ de 15/08/2005; PÁGINA: 239).

A Constituição Federal, com precisão, erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados e Municípios) assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial as mais graves.

Prega a Carta Magna em seu art. 196 que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Em tal perspectiva, tem o Município legitimidade para integrar o pólo passivo da lide, de modo que vai afastada a preliminar de ilegitimidade.⁴⁶

A questão ensejou, inclusive, proposta de edição de súmula vinculante, encaminhada pela Defensoria Pública da União ao Supremo Tribunal Federal, no intuito de pacificar a divergência acerca da responsabilidade solidária dos entes federativos no que toca às ações e serviços públicos de saúde.⁴⁷ Parecer ministerial

⁴⁴ STJ, REsp 661821 / RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgamento em 12 mai. 2005.

⁴⁵ TRF da 4.^a Região, Rel. Juiz Federal Loraci Flores de Lima, DE 30 jan. 2008.

⁴⁶ TRF da 4.^a Região, Rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios, DE 16 out. 2008.

⁴⁷ Notícia veiculada no sítio virtual da DPU informa sobre as duas propostas encaminhadas ao Supremo Tribunal Federal: "Não existe divergência na Corte Suprema quanto à responsabilidade para obtenção e à possibilidade de bloqueio de valores para aquisição de

apresentado no julgamento da Apelação Cível n. 2005.72.05.002091-6 coloca que é pacífica a tese da responsabilidade solidária no campo da saúde, trazendo notícia acerca das súmulas da Defensoria:

Tal é a unanimidade no âmbito pretoriano, que o Defensor Público-Geral da União, fazendo uso da legitimidade concedida pela Lei 11.417/06, encaminhou ao Supremo Tribunal Federal duas propostas para edição da súmula vinculante, uma delas solicitando o reconhecimento da responsabilidade solidária dos Entes Públicos quanto à disponibilização de remédios à população carente.⁴⁸

Trilhando o caminho da tese da responsabilidade solidária, o parecer ministerial na AC n. 2003.72.00.010825-6:

A Constituição da República, no artigo 198, estabelece que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo sistema único baseado na descentralização, na integralidade do atendimento e na participação da comunidade. Refere, ainda, que o SUS será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Muito embora a descentralização proporcione a gestão autônoma dos recursos pelos citados entes federativos, na forma do art. 9º e incisos da Lei 8.080/90, o repasse dos recursos da União é centralizado, acompanhado, planejado e fiscalizado pelo Ministério da Saúde, conforme as disposições do artigo 16, incs. XVII, XVIII e XIX e do artigo 33, § 4º do mesmo diploma.

É inegável portanto, que a União tem legitimidade passiva para a causa, uma vez que a ela cumpre não apenas a distribuição dos recursos dotados ao SUS, como a responsabilidade pelo planejamento estratégico e pelo controle relativamente à aplicação destes valores pelos Estados e Municípios nos programas e políticas públicas na área da saúde.⁴⁹

Estes foram alguns julgados acerca do direito à saúde. No caso do direito à educação, o art. 211 da Constituição Federal determina que “a União, os Estados,

medicamentos essenciais à saúde de pessoas carentes, que tenham a necessidade comprovada. No entanto, são cada vez mais numerosas as ações movidas pela Defensoria Pública da União cujo objetivo é a condenação do Estado para o fornecimento dos remédios e cumprimento da lei. A primeira proposta se refere ao fornecimento de medicamentos e solicita a responsabilidade solidária dos Entes Públicos que disponibilize remédios à população carente. A edição da súmula vinculante torna expressa a responsabilidade solidária dos Entes Federativos. Além de garantir um obstáculo aos Entes Públicos, que em vez de resolver a questão de maneira compartilhada, repassam a responsabilidade. Fator que causa a demora da entrega dos medicamentos, que muitas vezes, dificulta a continuidade do tratamento. Já a segunda proposta trata do bloqueio de valores pertencentes à Fazenda Pública, destinadas a custear o tratamento de pessoas de baixa renda, não são capazes de obtê-los por recursos próprios. O objetivo da edição das propostas é trazer segurança jurídica e diminuir o tempo de espera das pessoas que necessitam do tratamento custeado pelo Estado. A edição da súmula vinculante propõe a responsabilidade solidária dos Entes Federativos sobre o fornecimento de medicamentos e tratamento médico da população.”

Fonte:

http://www.dpu.gov.br/noticias/2008/mar%C3%A7o/rls19032008_propoe_edicao_sumula.html. Acesso em: 08 nov. 2008.

⁴⁸ TRF da 4.^a Região, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, *DE* 12 jun. 2008.

⁴⁹ TRF da 4.^a Região, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, *DJU* 08 jun. 2005.

o Distrito Federal e os Municípios organizarão em *regime de colaboração* o sistema de ensino.” (sem itálico no original) ⁵⁰ Nesse caminho, o STF já definiu que o dever de providenciar creches e estabelecimentos de ensino pré-escolar é imposto, primariamente, por definição constitucional, aos Municípios:

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - **CRIANÇA** DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - **ATENDIMENTO** EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - **EDUCAÇÃO INFANTIL** - DIREITO **ASSEGURADO** PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - **COMPREENSÃO GLOBAL** DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - **DEVER JURÍDICO** CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, **NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO** (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.⁵¹

Acrescente-se que, embora a Constituição cuide de definir em que fase da educação cada ente estatal atuará prioritariamente, a EC 59/09 trouxe a necessidade de esforço conjunto de todos os entes da Federação no que toca à promoção e desenvolvimento do ensino básico.⁵²

Nota-se, pois, que cada direito tem uma peculiaridade quanto à responsabilidade estatal para sua satisfação. No caso de superlotação carcerária, por exemplo, a competência recai sobre o Estado-membro respectivo, independentemente da entidade responsável pela administração do estabelecimento prisional, uma vez que a competência para construção e manutenção de presídios seria, preponderantemente, estadual.⁵³ Nada obstante, a responsabilidade estatal existe, e é vinculante, sendo que, quando a satisfação do direito fundamental social não puder ser atendida de imediato, o deverá ser progressivamente. No campo do direito à saúde, a Constituição não define expressamente tratar-se de um direito público subjetivo, tal qual o faz para a educação básica, o que polemiza a sua sindicabilidade. E é em face de ações na área da saúde que a reserva do possível é majoritariamente levantada. Por isso, estando um ente federativo impossibilitado de dar atendimento à prestação urgente e excepcional, nada impede que a conduta seja exigida do ente federativo mais ou menos abrangente, com o qual guarde relação.

A responsabilidade solidária torna evidente que, não podendo a prestação estatal ser satisfeita por um ente da federação, poderá sê-lo pelo outro. Porém, se, ainda assim, for viável o argumento da escassez de recursos, e, desde logo, da reserva do possível, nem por isso poderá ser aceito como uma *excludente de ilicitude*, tal qual propõe a doutrina. Primeiramente porque, viável o argumento da reserva do possível, não haverá ilicitude da conduta estatal. Pois, justamente, considerar que a reserva do possível é legitimamente arguível em um determinado caso concreto exclui eventual antijuridicidade no agir estatal. E, depois, no máximo, acolher a reserva do possível, mesmo configurado o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta política, poderá significar a *postergabilidade* da satisfação em questão, mas jamais a impossibilidade, *em definitivo*, de exigibilidade de conduta diversa do ente estatal, em virtude da *exclusão* da ilicitude.

Nesse respeito, é elucidativo o entendimento de Romeu Felipe Bacellar Filho: a reserva do possível não é excludente de responsabilidade. A

⁵⁰ A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios e financiará as instituições públicas federais; os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente nos ensinos fundamental e médio; e os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. (art. 211, § 1.º, 2.º e 3.º da Constituição.)

⁵¹ STF, AgRg. em RE 410.715, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22 nov. 2005.

⁵² Eis o acréscimo promovido pela EC 59/09 no art. 211 da CF: “§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.”

⁵³ Neste sentido, REsp n. 961.234 – MS e REsp n. 859.647.

responsabilidade estatal não é excluída, mas modulada, atenuada, protraível no tempo.⁵⁴ Ou seja, a responsabilidade continua existindo, e o que se admite é que a reserva do possível permita que as ações decorrentes dessa responsabilidade sejam realizadas num momento futuro, inclusive determinável judicialmente.

Diante de todo o exposto, a reserva do possível pode ser delimitada nos seguintes termos: trata-se de cláusula ou argumento não excludente da ilicitude estatal, e que representa a impossibilidade do ente estatal entregar, de imediato, em razão de limitações de ordem econômica, jurídica e política, prestação a que esteja obrigado, salvo se a prestação for objeto de direito fundamental e necessária à satisfação de necessidades humanas fundamentais.

3. Referências bibliográficas

ABRAMOVICH, Víctor, COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BACELLAR, FILHO, Romeu Felipe. Direito Público e Direito Privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. *Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica Contemporânea*. Evento promovido pelo Centro Acadêmico Hugo Simas. Curitiba: UFPR, 19 set. 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia "fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CÁRCOVA, Carlos María. Estado social de derecho y radicalidad democrática. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBIA, Orides e outro. *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo/Coimbra: RT e Coimbra, 2008.

CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, eficácia e Direitos Sociais. *Apud* OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

⁵⁴ O entendimento foi colhido por ocasião de questionamento formulado ao Professor durante sua conferência intitulada: Direito Público e Direito Privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. In: *Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica Contemporânea*, Evento promovido pelo Centro Acadêmico Hugo Simas, Curitiba, UFPR, 19 set. 2008.

- DOYAL, Len; GOUGH, Ian. *Teoría de las necesidades humanas*. Trad. José Antonio Moyano y Alejandro Colás. Barcelona: ICARIA, FUHEM, 1994.
- FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- LEDUR, José Felipe. *O Contributo dos Direitos Fundamentais de Participação para a Efetividade dos Direitos Sociais*. Tese de Doutorado. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2002.
- LEIVAS, Paulo G. Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- NEEF, Max. *Desarrollo a Escala Humana: una opción para el futuro*. Santiago: CEPAUR/Fundación Dag Hammarskjöld, 1986.
- NETTO, Sérgio de Oliveira. *O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais*. Disponível em: <https://redeagu.agu.gov.br/UnidadesAGU/CEAGU/revista/Ano_V_agosto_2005/sergio_principiodareserva.pdf> , acesso em 10/07/06.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PEREIRA, Potyara A. P.. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2006.
- RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do direito: uma introdução*, Coimbra, Almedina, 2007.
- SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- STF, AgRg. em RE 410.715, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22 nov. 2005.
- STJ, REsp 661821 / RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgamento em 12 mai. 2005.
- STJ, REsp 719716 / SC, Rel. Min. Castro Meira, julgamento em 7 jun. 2005.
- TRF da 4.^a Região, AC 2003.72.00.010825-6, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJU 08 jun. 2005.
- TRF da 4.^a Região, AI n. 2007.04.00.032814-0, Rel. Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, DE 15 jan. 2008.
- TRF da 4.^a Região, AI n. 2007.04.00.043332-4, Rel. Juiz Federal Loraci Flores de Lima, DE 30 jan. 2008.
- TRF da 4.^a Região, AI n. 2008.04.00.030710-4, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DE 12 jun. 2008.